LA PROTECTION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES AU VU DU JUGEMENT MICHELIN DU 21 JUIN 2010.

Par Thibault du MANOIR de JUAYE

Avocat à la Cour

www.France-lex.com[1]

Le 21 juin 2010, le tribunal correctionnel de Clermont Ferrand a condamné un ancien salarié de Michelin, qui avait tenté de vendre des informations au fabriquant de pneus concurrent, la société Bridegestone.

Le tribunal n'a pas fait preuve d'audace particulière dans ses qualifications juridiques, mais la décision a le mérite d'aborder plusieurs dispositions du code pénal, notamment celles ayant trait à l'espionnage.

Les magistrats en ont conclu que la plupart des textes ne pouvaient s'appliquer et l'on peut sans peine en déduire un besoin urgent d'un toilettage approfondi de notre légalisation sur la protection du patrimoine informationnel sans qu'il faille pour autant créer des dispositions spécifiques sur le secret des affaires.

Le 21 juin est pour certains le premier jour de l'été, la fête de la musique. Pour d'autres au contraire, rien de festif et c'est notamment le cas d'un salarié de Michelin qui a été condamné ce jour là par le tribunal correctionnel de Clermont Ferrand à :

- Deux ans de prison avec sursis
- 5000 euros d'amende
- 10 000 euros au profit de son employeur
- 2000 euros pour frais de procédure.

[1] Thibault du MANOIR de JUAYE a publié récemment le droit de l'intelligence économique aux éditions LITEC qui traite notamment de la protection de l'information

La faute de ce salarié : avoir tenté de vendre des informations confidentielles au principal concurrent de Michelin, la société Bridgestone.

L'histoire tient bien heureusement plus du roman que du pain quotidien des entreprises.

Le salarié félon a contacté Bridgestone qui en a informé Michelin. Cette société aurait eu recours à un subterfuge pour piéger son salarié, avec notamment la mise en place d'une adresse mail « FUKUDA » faussement attribuée à Bridgestone.

Le salarié de Michelin était poursuivi sur plusieurs fondements :

- Atteinte aux intérêts vitaux de la nation
- Abus de confiance
- Secret de fabrique

Quelque soit l'incrimination pouvant être retenue, le conseil du salarié félon, le célèbre avocat pénaliste Gilles PORTEJOIE avait souligné que la preuve avait été acquise illégalement par Michelin qui aurait fait preuve de duplicité pour pousser son salarié à l'action.

1. COLLECTE DE LA PREUVE.

La manière dont sont collectées les preuves devient un enjeu stratégique pour les entreprises puisqu'elle peut réduire à néant les chances de succès dans un procès.

La question qui se posait en l'espèce était de savoir si Michelin avait fait preuve de déloyauté en tentant de piéger son salarié par la création d'une adresse « FUKUDA » faussement attribuée à BRIDGESTONE

Cette problématique s'inscrit dans un contexte plus large aux confins de respects de droits fondamentaux comme le respect de la vie privée dont la déclinaison la plus connue dans le domaine de l'entreprise est celle de la surveillance des salariés.

Comment s'articulent donc ces principes de loyauté ?

- L'article 9 du Code de Procédure Civile pose un principe général applicable devant toutes les juridictions civiles :

"*Il incombe à chaque partie de prouver, **conformément à la loi,** les faits nécessaires au succès de sa prétention."*

En d'autres termes, il n'est pas possible de produire une preuve illégalement créée, acquise ou conservée devant une juridiction civile.

Ce principe n'existe pas en matière pénale. En effet, l'article 427 du Code de Procédure Pénale précise que :

"*Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction.* "

Ces deux dispositions sont complétées par de nombreuses décisions de la Cour de Cassation exigeant que les preuves soient acquises loyalement. Elle s'appuie notamment sur l'article 6 § 1 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales et pose, par la même, une exigence de la loyauté de la preuve qui doit donc être collectée de manière apparente.

À cet égard, la Cour de cassation a cassé, par une décision du 3 juin 2008, un arrêt rendu le 19 juin 2007, par la Cour d'Appel de Paris qui avait condamné des entreprises dont les infractions avaient été prouvées par l'enregistrement de conversations téléphoniques effectuées à l'insu de leurs auteurs.[2]

A contrario, la Cour d'appel de Paris dans une décision en date du 29 avril 2009 a considéré qu'en matière de concurrence, le principe de loyauté de la preuve ne s'appliquait pas, et ce en totale opposition avec la position de la cour de cassation. Cette différence de décision s'explique par le fait que pour la juridiction parisienne les règles spécifiques du droit de la concurrence (entente, abus de position dominante etc) requiert un traitement différent de celui appliqué aux affaires de droit commun.

---

[2] Cour de cassation 3 Juin 2008 Judiciaire Chambre , N° 07-17.147, 07-17.196

Le tribunal correctionnel s'en est tiré en soutenant que même sans l'intervention de Michelin, le salarié félon aurait vendu les informations et que la société clermontoise n'avait pas provoqué la commission de l'infraction.

Cette pirouette n'est guère satisfaisante :

Il y a confusion entre plusieurs notions. En effet, l'incitation à commettre un délit (ce dont se défend la société Michelin) n'a que peu de rapport avec la légalité de la collecte de preuves.

Il y a néanmoins des leçons à tirer de l'argumentation du salarié félon : il n'est pas possible de collecter des preuves d'un délit de n'importe quelle manière et il faut prendre garde à l'effet boomerang : un salarié serait relaxé du fait de la collecte de preuves de manière illégale et l'entreprise sanctionnée pour cette illégalité.

Pour prévenir une telle situation, les dirigeants d'entreprises se doivent d'élaborer une stratégie de la preuve et ce avant l'émergence de tout litige.

Rappelons enfin que pour être légale la surveillance des salariés doit remplir plusieurs conditions :

- Faire l'objet d'une information préalable
- Obtenir l'avis du CE
- Etre proportionnelle au but poursuivi.
- Respecter les dispositions de la loi informatique et libertés.

2. ATTEINTE AUX INTERETS VITAUX DE LA NATION

Ce chef de poursuite repose sur l'article 410- 1 du code pénal combiné avec l'article 411- 6 du même code qui vise expressément la livraison d'information à une entreprise étrangère.

L'article 410-1 dispose que :

"Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel."

Or, toute la difficulté pour les magistrats était de définir ce que sont les intérêts vitaux de la nation et plus exactement, le potentiel scientifique et économique de la France.

a) Les magistrats ont, dans un premier temps, souligné que le salarié félon avait tenté de vendre à des entreprises dont le caractère principal était d'être des concurrents de Michelin et que leur nationalité n'était qu'accessoire dans la transaction.

Le tribunal n'a pas poursuivi sa réflexion pour définir ce qu'est une entreprise étrangère. Ce n'est sans doute pas son rôle. Mais la question est d'une importance extrême car comment appliquer le texte sans poser cette définition ?

Cette recherche d'une définition avait suscité des débats animés il y a quelques années, mais les discussions et échanges sur les sujets sont hélas restés lettre morte.

On pourrait certes considérer qu'une entreprise qui n'a ni siège social, ni établissement en France est étrangère et qu'à l'inverse une société qui ne possède pas d'implantation à l'étranger est française. Mais, hélas la situation est beaucoup moins tranchée dans la réalité : le capital des entreprises est souvent dans les mains d'actionnaires de différents pays, les sièges sociaux ne représentent pas leurs implantations industrielles ou commerciales qui peuvent s'étendre sur plusieurs continents. Il avait été prévu de retenir le siège effectif des prises de décision, ou les lieux de centre de recherche.

b) Dans un second temps, les juges clermontois se sont demandés si du classement en ERR (établissement à régime restrictif) tel que prévu par l'instruction ministérielle du 1er mars 1993 on pouvait déduire qu'il y avait atteinte aux intérêts vitaux de la nation. Toutefois, ils ont estimé que le classement en ERR n'était pas suffisant pour montrer qu'il y avait eu atteinte aux intérêts vitaux de la Nation. Pour mémoire, les ERR sont les entreprises ou les établissements étroitement surveillés car travaillant pour la défense nationale, le nucléaire…

c) Cette affaire pose donc une question fondamentale : les dispositions du code pénal sur les intérêts vitaux sont-elles applicables dans le domaine économique ?

Il est à craindre que la réponse soit négative.

Le texte souffre gravement de l'absence de définition du potentiel économique et scientifique de la France et cette expression même est sujette à caution lorsque l'on regarde la dissémination géographique des centres de recherches des grandes entreprises

La décision clermontoise doit donc être l'occasion d'amender le code pénal en établissant la liste des secteurs stratégiques qui méritent d'être protégés[3]. Il n'est pas possible, à mon sens de reprendre l'énumération qui figure au code monétaire et financier à l'article R153-2 du code monétaire et financier. En effet, nombre d'activités sensibles pour la France comme l'aéronautique n'y figure pas.

---

[3] La délégation interministérielle à l'intelligence économique a créé un groupe de travail sur ce théme

Une autre possibilité serait de considerer que les laboratoires dont les recherches sont financées par l'Etat soit de manière directe par des subventions soit de manière indirect par le crédit d'impôt recherche constituent le potentiel scientifique et économique de la France.

La définition a toutefois l’excès d’englober un trop grand nombre de situations, mais elle a le mérite de reposer sur un critère objectif et incontestable

3. LE SECRET DE FABRIQUE

L'ordonnance de renvoi reprochait à l'employé de Michelin d'avoir tenté de négocier des échantillons relatifs à un mélange connu sous le nom de code "GIN'S". Le magistrat a alors relevé qu'il y avait une atteinte au secret de fabrique dont les composantes juridiques sont connues depuis longtemps.

Un débat s'est donc engagé sur la composition du produit et sur la classification des informations recueillies par le salarié félon.

Ont donc été exposés aux yeux de tous des éléments sur l'organisation de la sécurité chez Michelin et des informations sur le produit.

Or, comme chacun le sait, la justice est publique et il est à craindre qu'au cours du débat des informations confidentielles n'aient été exposées.

Le tribunal a considéré que ni l'instruction, ni Michelin n'avait montré que les formules détournées par le salarié félon constituaient "un procédé de fabrication particulier offrant un intérêt pratique ou commercial, tenu secret" Cette position va à l'encontre de ce qu'avait soutenu la société Michelin.

Néanmoins, la question de la publicité des débats dans les procès concernant les domaines sensibles de la vie des affaires mérite d'être posée.

Ne serait-il pas possible de prévoir l'organisation de huis clos lorsque la sensibilité économique du sujet le mériterait ?

4. L'ABUS DE CONFIANCE

Une telle qualification n'est pas nouvelle et la petite stagiaire chinoise de chez Valéo avait été condamnée sur le même fondement de l'article 314-1 du code pénal :

"*L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé*."

C'est également sur ce fondement qu'a été prononcée la condamnation contre Florian Bourges dans l'affaire Clearstream, qui pour le spécialiste de la sécurité est avant tout une problématique d'acquisition indue d'information et non pas un procès politique.

Les tribunaux doivent donc examiner s'il existe bien un détournement et s'il a été commis volontairement.

<u>Le détournement</u>

Le raisonnement juridique est simple : une information est remise dans un but déterminé et étant utilisée à d'autres fins, il y a abus de confiance au sens de l'article du code pénal.

Toute la difficulté est de savoir si une information peut être un "bien quelconque". Les avocats de Florian Bourges soutenaient qu'un bien est forcément un élément matériel et que le texte ne pouvait s'appliquer à l'information.

Le tribunal parisien dans l'affaire Clearstream utilise d'ailleurs alternativement ou simultanément les expressions de "documents" et "informations", ce qui pourrait sous-entendre qu'il y eu appréhension de documents sur support papier, ce qui ne semble pas être le cas.

Le tribunal correctionnel de Paris a considéré que le détournement d'information était possible, même s'il s'agissait d'un élément immatériel.

L'argument a été soulevé également par Maître Portejoie, le conseil du salarié félon de Michelin et n'a pas plus été retenu par le tribunal clermontois.

La position des tribunaux semble donc désormais bien fixée et il n'y aura sans doute plus à revenir sur le sujet.

<u>L'élément intentionnel ou la volonté de détourner.</u>

C'est sans doute l'élément le plus important de l'infraction qu'il faut prouver. Dans l'affaire Michelin, les éléments du dossier montrent qu'il y avait des mesures de gestion de l'information stricte et que le salarié félon ne pouvait pas ne pas savoir que les informations qu'il détenait ne devaient servir qu'à son employeur.

Il convient donc que les entreprises soient en mesure de prouver qu'elles ont indiqué aux détenteurs des informations que celles-ci devaient être utilisées dans un but précis.

Dés lors, nombre d'entreprises pourraient être amenées à modifier leur clause de confidentialité en y laissant subsister les classiques interdictions telles que la prohibition de la communication, ou les aspects "mode d'emploi" sur la manière de stocker ou de communiquer, mais en rajoutant l'utilisation que doivent faire les salariés de ces informations.

Tentative d'abus de confiance

Le conseil du salarié félon avait avancé un autre argument qui mérite qu'on s'y attarde. Maître Portejoie soutenait qu'il n'y avait qu'une tentative d'abus de confiance, qui n'avait pas abouti puisqu’ aucune information n'avait été cédée à un concurrent de Michelin.

Par ailleurs, l'ordonnance de renvoie expliquait que le salarié félon avait collecté des informations dans le but de les vendre, ce à quoi le prévenu répondait qu'il lui avait remis dans le cadre de son travail.

La distinction est importante puisque nous sommes aux confins des définitions de tentative ou de début d'exécution.

Or, la tentative d'abus de confiance n'est pas punissable contrairement à d'autres infractions.

Il est dommage que le tribunal ne se soit pas attardé sur ce moyen de défense qui semble pertinent.

Punir la tentative d'abus de confiance portant sur des éléments immatériels pourrait être une réforme intéressante.

5. CONCLUSIONS

Il semblerait que le salarié félon n'est pas fait appel. La sentence n'est pas clémente, mais elle est assortie du sursis, le montant des différentes sommes à acquitter au titre de l'amende et des dommages intérêts à verser est supportable. Il semblerait que le salarié qui a fait plusieurs mois de préventive, veuille maintenant tourner la page.

Sur le plan juridique, le jugement du tribunal correctionnel de Clermont Ferrand ne restera pas dans les annales. C'est loin d'être un document d'anthologie qui poserait des principes juridiques ou qui pourrait faire jurisprudence.

Elle s'inscrit néanmoins dans un contexte où est évoquée la création d'une législation propre au secret des affaires.

Or, est-il besoin d'une telle législation ?

En l'état actuel de la jurisprudence, si le secret est trahi par la personne à qui elle a été communiquée, les poursuites pourront être engagées sur le fondement de l'abus de confiance.

Si l'information est acquise indument, la protection s'opéra sur la base des textes qui réglementent l'accès à l'information par exemple les différentes dispositions du code pénal sur l'intrusion informatique ou l'effraction dans des locaux

Mais on pourrait aménager législativement différents textes pour permettre

- Une protection réelle du patrimoine national avec une définition du potentiel économique et scientifique, en conciliant ses textes avec ceux permettant la protection du secret des affaires.
- Une sanction de la tentative d'abus de confiance
- Un huis clos lorsque le secret des affaires est en jeu.
- La création des procédures de saisie de l'information appréhendée ou détournée sur le modèle de ce qui se fait en matière de saisie contrefaçon.

Sur le plan pratique, cette décision a le mérite de rappeler que pour obtenir une sécurité juridique, gage de succès de poursuites futures, il ne faut pas hésiter à anticiper et à formaliser.